



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

EL ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO EN LOS CONTRATOS DE OBRA EN COLOMBIA

Juan Manuel Fuerte Vargas¹

Resumen: El Estado Colombiano con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado y promover políticas públicas que permitan el cabal desarrollo de sus programas de gobierno, hacen uso de las diferentes clases de contratos estatales, siendo una de las más reconocidas el contrato de obra, en el cual se hace uso recurrente de las figuras denominadas El Anticipo y Pago Anticipado como parte de la retribución económica para los contratistas. Ahora bien, en este artículo se analizará si dichas figuras jurídicas generan los mismos derechos y obligaciones para las Entidades Estatales, así como para los contratistas y la pertinencia de aplicar una y otra según las reglas referentes a cada figura jurídica en mención.

Palabras Clave: Anticipo, Pago, Anticipado, Contrato, de Obra, Colombia

Abstract: The Colombian State in order to give fulfillment to the essential ends of the State and to promote public policies that allow the complete development of its programs of government, they use the different classes of state contracts established, being one of most recognized the Contract of Work, in which one uses appellant of the figures called the Anticipation and Payment Anticipated as part of the economic remuneration for the contractors. Now then, in this article it will be analyzed if the above mentioned juridical figures generate the same rights and obligations for the State Entities as well as for the contractors and the

¹Juan Manuel Fuerte Vargas, Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Código estudiantil: 2110105.Cédula de ciudadanía No 1.014.224. 669.Director de Trabajo. Dora Yamile Naged Mendoza. E-mail: mafuva38@hotmail.com

relevancy of applying one and other one according to the rules concerning to every juridical figure in mention.

Keywords: Advance, Payment, Advance, Contract, Construction, Colombia

Sumario

Introducción

1. El Anticipo y Pago Anticipado en la Contratación Estatal de Colombia

1.1 Antecedentes normativos

1.2 Antecedentes Jurisprudenciales

1.3 Importancia del Principio de Planeación en el Anticipo y Pago Anticipado

1.4 Regulación del Contrato de Obra en Colombia

1.5 Labor de las Interventoría y Supervisión en los Contratos Estatales

1.6 Organismos de Control que vigilan la Contratación Pública.

2. Anticipo y Pago Anticipado

2.1 Concepto de Anticipo

2.2 Concepto de Pago Anticipado

2.3 Diferencias y similitudes entre Anticipo y Pago Anticipado

2.4 Concepto de amortización en el anticipo

3. Garantías contractuales para el anticipo y pago anticipado, según el régimen de contratación pública.

3.1 Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo en la Póliza de Cumplimiento.

3.2 Amparo que garantiza la Devolución del Pago Anticipado.

Conclusiones

Referencias Bibliográficas.

Introducción:

Con la elaboración del presente artículo, se busca estudiar las reglas aplicables a las figuras jurídicas denominadas anticipo y pago anticipado y si las mismas le brindan seguridad jurídica y financiera tanto a las Entidades estatales como a los contratistas que se adhieren a ellas. En este sentido, se estudiará de qué manera se incluyen estas dos (2) figuras jurídicas en el marco de la Contratación en Colombia y muy específicamente en la modalidad de Contratos de Obra y si su inclusión responde a los principios rectores del Estado.

Lo anterior, como quiera que Colombia, siendo un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria (Penagos, 1993, p 12), busca promover los fines esenciales del Estado, entre los cuales se enmarca la prosperidad general, haciendo uso para su realización de los diferentes medios y/o Actos Administrativos, establecidos para tal fin, entendidos estos como “las manifestaciones de voluntad tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir producir efectos jurídicos” (Rodríguez, 2013. P 307).

Dicho lo anterior, es perfectamente válido indicar que los actos de la administración no se materializan única y exclusivamente en su facultad de obrar unilateralmente, pues “también puede hacerlo bilateralmente, lo cual significa que la administración al igual que los particulares, también puede celebrar contratos” (Rodríguez, 2013. P 499). Y es justamente esta práctica una de las más utilizadas para promover la prosperidad general por parte del Estado Colombiano. De suerte que, de tiempo en tiempo se ha venido estructurando dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, Ley 80 de 1993 y sus respectivas modificaciones, las diferentes clases de Contratos Estatales, “cuyo objeto es proveer a la entidad contratante de recursos en moneda nacional o extranjera, estipulándose un plazo para el pago” (Bejarano, 2013. p 103).

Ahora bien, atendiendo a la lógica jurídica de la ejecución de los contratos estatales y muy especialmente los Contratos de Obra celebrados por la Administración con particulares, a fin de lograr sus fines esenciales, se debe pactar como un elemento esencial de los mismos, el pago como contraprestación

de los bienes y servicios, lo cual se podrá estipular según la naturaleza y objeto del contrato. No obstante, lo anterior, el Estatuto de la Contratación Estatal en Colombia, prevé la posibilidad de incluir dentro de las estipulaciones contractuales el pago de un anticipo, definido por el doctrinante Dávila como “los recursos que la entidad entrega al contratista incluso antes de la ejecución del contrato con el fin de financiarlo y no como pago por los trabajos o labores acometidas” (Dávila, 2003. p 395). Así mismo, se determinó la posibilidad de pactarse un pago anticipado definido por el doctrinante Dávila como aquel que “si hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad solo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado” (Dávila, 2003. p 397).

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las inclusiones normativas sobre el particular, así como las múltiples definiciones por los doctrinantes, en la práctica no resultan claras las reglas de aplicabilidad, ni las disposiciones que regulan la materia, pues se ha presentado la discusión respecto de si el anticipo y pago anticipado constituyen un mismo concepto de aplicabilidad en los diferentes Contratos Estatales estructurados, celebrados y ejecutados en el territorio Colombiano o si por el contrario constituyen figuras jurídicas diferentes, y si es pertinente su inclusión y consecuente aplicación en los diferentes Contratos Estatales.

1. El Anticipo y Pago Anticipado en la Contratación Estatal de Colombia

1.1 Antecedentes Normativos

En Colombia, desde hace varios años se planteó la necesidad de adoptar dentro del régimen contractual la aplicabilidad del “anticipo y pago anticipado como fuente primaria para financiar el inicio de las obras en virtud de la ejecución de Contratos Estatales” (Gil, 2003, p 76), así pues, en relación con la figura denominada anticipo, es preciso señalar que su primera inclusión se dio con el Decreto 150 de 1976 en su artículo 55, en el cual se señaló la “necesidad de constituir garantías en el evento en el cual se llegaren a pactar anticipos en los Contratos con la finalidad de garantizar dicho valor.” (Dávila, 2012, p.483). Lo

anterior, fue recogido también por el Decreto 222 de 1983, en sus artículos 48 y 67, al hablarse de la necesidad de garantizar el buen manejo de la inversión del anticipo en caso de pactarse.

Ahora bien, con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, “surgió la necesidad de replantear el régimen de contratación estatal de tal manera que se adecuara al Estado Social de Derecho que en adelante aplicaría y por supuesto que garantizara los fines del Estado” (Mendoza, 1992, p 67), en este sentido, se expidió un nuevo Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, estando vigente en la actualidad, en el cual se incluyeron nuevas reglas aplicables a la contratación de la administración pública (Bohórquez, y Conrado, 2009, p.10), adicionalmente, se introdujeron nuevos principios que regularían la materia. Así mismo, es con la expedición de dicho estatuto que se incluye en la legislación Colombiana la potestad de incluir la figura de pago anticipado en los contratos que celebren las Entidades públicas, resguardando, adicionalmente la aplicabilidad del anticipo, en este sentido, dicha norma a la letra cita: “En los contratos que celebren las Entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” (Ley 80, art. 40, 1993).

Ahora bien, en concordancia con lo anterior, el Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2011, incluyó en su artículo 91 la obligación de constituir un patrimonio autónomo mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable para efectos de “garantizar el buen manejo y correcta inversión del dinero que reciben los contratistas por concepto de anticipo” (Jiménez, 2016. p 76), estando vigente dicha disposición normativa y de obligatorio cumplimiento. Así mismo, el Decreto 1082 de 2015 señala, entre otras disposiciones, la obligatoriedad de incluir dentro de los pliegos la “existencia del anticipo y su valor, la administración del mismo, supeditando siempre los pagos a las autorizaciones impartidas por el supervisor o el interventor, y reitera la necesidad de garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo.” (Fernández, Rodríguez, Torres, y Vallejo, 2016, p 121).

Así pues, en la actualidad, las Entidades Estatales deben seguir los parámetros y normas definidos en el Estatuto de Contratación Estatal y demás normas que regulen la materia y en todo caso hacer uso de la denominada “Guía para el manejo de anticipos”, así como del modelo de contrato de fiducia mercantil irrevocable implementado por Colombia Compra Eficiente, en el evento en el cual decidan hacer uso de la figura del anticipo en los contratos estatales.

1.2 Antecedentes Jurisprudenciales

En virtud de las figuras jurídicas del anticipo y pago anticipado, han sido diversas las manifestaciones del Consejo de Estado en cuanto a su concepto, las diferencias y semejanzas y los razonamientos aplicables para su inclusión en los contratos estatales en Colombia, evidenciándose cambio de criterio entre algunas providencias, según se han proferido de tiempo en tiempo.

Así pues, las figuras jurídicas de anticipo y pago anticipado han sido concebidas bajo nociones diferentes jurisprudencialmente, en este sentido, manifestó la alta corte que: “El anticipo, diferente a pago anticipado, son dineros de la Administración, administrados por el contratista. (...) dicho anticipo lo va amortizando el contratista” (CE Sección tercera, 10 de noviembre de 2000, M. Giraldo, 18709), lo cual fue reiterado posteriormente en el año 2004, al señalarse que el anticipo es una suma de dinero que se entrega al contratista de manera anticipada, sin que ello configure una forma de pago del contrato, dado lo cual, los dineros recibidos bajo este concepto no ingresan al patrimonio del contratista. Así mismo, se dio inicio a una nueva discusión, esto es, si ante la omisión por parte de la entidad contratante del pago de anticipo previamente pactado podría generarse intereses moratorios a favor del contratista, ante lo cual manifestó el Consejo de Estado la improcedencia de ello, teniendo en cuenta la naturaleza del anticipo, esto es, dineros públicos entregados a los contratistas, que deben estar sometidos bajo un régimen de buen uso y manejo de la inversión y sobre los cuales deberá constituirse una póliza que ampare dicho valor. Ahora bien, sin perjuicio de dicha improcedencia señala la alta corte que: “Pese a lo dicho, la no entrega oportuna del anticipo podría causar perjuicios al contratista, caso en el cual estaría obligado a demostrarlos para que procediera la consecuente

indemnización” (CE Sección tercera, 29 de enero de 2004, A. Hernández, 10779). Por lo cual, la mera demora u omisión en el pago del anticipo no constituiría intereses moratorios ni indemnización a favor de los contratistas, según se expresa en dicha providencia, pues para optar por ellos, se requería que el contratista probara los perjuicios a este causados. Sobre el particular, vale mencionar que, el pago anticipado, siendo una forma de pago a favor del contratista, sí alude la aplicación de intereses moratorios a favor del contratista.

Posteriormente, en el año 2006, se produjo un cambio sustancial en el concepto que se encontraba manejando la Corporación, poniendo de presente las consecuencias similares que podría derivar de la omisión en el pago de anticipo y pago anticipado en los términos pactados para tales efectos contractualmente, es así como en esta oportunidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que dicha actuación por parte de la entidad contratante podría configurar un incumplimiento contractual que acarrearía reconocimiento de intereses moratorios para el contratista, tratándose de una y otra figura, no siendo solo factor de reconocimiento el incumplimiento de la figura jurídica denominada pago anticipado como previamente se había manifestado, dado lo cual, la mencionada providencia sugiere un tratamiento semejante a estas dos (2) figuras jurídicas al señalar que:

Con independencia del título bajo el cual se habrían de entregar los dineros, en ambos casos su traslado constituye una forma de pago del valor del contrato, por manera que la omisión de dicha carga en el tiempo y forma previstos generará en cabeza de la entidad contratante la obligación de reconocer perjuicios al contratista”. (CE Sección tercera, 5 de julio de 2006, R. Correa, 24812/1998-01597)

En razón a lo anterior, el pago de anticipo, cuando se ha pactado contractualmente, se convierte en una obligación para la entidad contratante, cuyo incumplimiento generará intereses moratorios a favor del contratista, siendo aplicable para ello, las disposiciones reguladas en el Código Civil Colombiano, resaltando principalmente, la regla señalada para la indemnización por mora en obligaciones de dinero, en la cual se indica que “el acreedor no tiene necesidad

de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo” (Ley 57, art 1617, 1887), resultando de ello, la innecesaridad del contratista a quien la entidad incumple, de demostrar los perjuicios causados para optar por el pago de intereses moratorios ante la demora del desembolso del dinero pactado bajo el concepto de anticipo.

Ahora bien, esta providencia del año 2006, no solo adquiere gran relevancia en la conceptualización de las dos figuras jurídicas objeto de estudio por la inclusión del reconocimiento de intereses moratorios en el evento en el cual se presente demora de la entidad en el desembolso del valor pactado por concepto de pago de anticipo, pues adicional a ello, se consideró la figura jurídica en mención como una forma de pago o retribución a favor del contratista, al señalar:

(...) tan es el anticipo una forma de pago del valor del contrato, que es en la cuenta que la entidad contratante paga por este concepto, en la que hace los descuentos que ordena la ley a todo pago que ocasione la ejecución de un contrato para con el Estado.” (CE Sección tercera, 5 de julio de 2006, R. Correa, 24812/1998-01597)

De otro modo, en el año 2014, el Consejero de Estado; Mauricio Fajardo Gómez, precisó de manera contundente aspectos referentes a la regulación del anticipo y pago anticipado, siguiendo la línea de lo manifestado en el año 2006. En este sentido manifestó:

Desde la perspectiva inversa debe reiterarse igualmente que tanto la entrega del anticipo como la del pago anticipado, en caso de que se encuentren pactadas, ambas forman parte del precio del contrato, constituyen obligaciones a cargo de la entidad estatal contratante cuya inobservancia en el tiempo y forma estipulados será una circunstancia constitutiva de incumplimiento contractual que dará lugar al reconocimiento de intereses moratorios y las demás consecuencias jurídicas y económicas a que haya lugar”. (CE Sección tercera, 12 de febrero de 2014, M. Fajardo, 31682)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede evidenciar la transformación jurisprudencial que ha sufrido el concepto de anticipo y pago anticipado, determinando mayores garantías a favor de los contratistas actualmente, no obstante, en el año 2015, se afianzó la teoría de que el factor diferenciador entre una y otra figura jurídica, se enmarca en la destinación que debe darse a las sumas de dinero bajo este concepto “puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista.” (CE Sección tercera, 07 de septiembre de 2015, O. Valle, 36878)

Ahora bien, en relación con las diferentes manifestaciones del Consejo de Estado sobre el particular, y la posición actual sobre el anticipo y pago anticipado, surge la duda sobre las falencias que en materia de seguridad legal y financiera ello pueda generar para las Entidades del Estado, pues la posibilidad con la que hoy cuentan los contratistas para requerir el pago de intereses moratorios ante una eventual demora en el pago del anticipo por parte de la Entidad, implicaría mayores costos a cargo de la Entidad y la obligación de entregar recursos que no fueron previstos en el momento de efectuar los estudios previos requeridos para los diferentes proyectos, lo que podría generar un presunto detrimento patrimonial, al reconocer al contratista un monto de dinero mayor al pactado contractualmente y al consignado en el certificado de disponibilidad presupuestal.

Por otra parte, si bien, el anticipo se pacta contractualmente para efectos de que el contratista invierta en el inicio de la ejecución del contrato, no es menos cierto que en los diferentes procesos de selección objetiva, los oferentes deben contar con cierta capacidad financiera, experiencia e idoneidad, que debe permitir que el seleccionado inicie el contrato sin que sea necesario la recepción de dicho anticipo para su ejecución, no obstante, el modelo financiero del País no permite dicha práctica, por el contrario, la no entrega del anticipo a favor del contratista

puede llegar a ser un hecho generador de incumplimientos en los avances de obra, endilgando los contratistas dicha responsabilidad al Estado.

1.3 Importancia del Principio de Planeación en el Anticipo y Pago Anticipado

Sea lo primero indicar que, el principio de planeación se desglosa del principio de economía que rige también la contratación estatal en Colombia, cuya finalidad principal es determinar la viabilidad técnica y económica de cualquier proyecto que pretendan adelantar las diferentes Entidades públicas y es justamente en esta etapa en la cual determina la Entidad el valor previsto para el proyecto, el cual puede verse afectado ante una posible necesidad de reconocimiento de intereses moratorios a favor del contratista ante la demora en el pago del anticipo y pago anticipado. Ahora bien, en la elaboración los documentos que desarrollan el principio de planeación se deberá incluir por lo menos: (i) La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación, (ii) El objeto a contratar, (iii) La modalidad de selección del contratista y su justificación, (iv) El valor estimado del contrato y la justificación del mismo, (v) Los criterios para seleccionar la oferta más favorable, (vi) El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo, (vii) Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación. (Decreto 1082, art 2.2.1.1.2.1.1, 2015) y es justo en esta etapa pre contractual que las Entidades Estatales determinan la conveniencia de pactar bien sea la figura del anticipo o pago anticipado, según el resultado de los estudios técnicos, legales y financieros que esbozan cada proyecto (Gil, 2003, p. 82).

Ahora bien, como ya se expuso, el principio de planeación en la implementación del anticipo y/o pago anticipado, recobra gran importancia en la medida que es en esta etapa en la cual se define la necesidad de incluir ello en el respectivo proceso de selección y las reglas que serán aplicables, es así como, el Decreto 1082 de 2015 dispuso que el pliego de condiciones debe contener: (i) “El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar” (Decreto 1082, art

2.2.1.1.2.1.3, 2015), (ii) “En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.” (Decreto 1082, art art. 2.2.1.1.2.4.1), (iii) En cuanto a las Garantías, se establece la necesidad de garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como la devolución del pago anticipado (Decreto 1082 art. 2.2.1.2.3.1.7), ahora bien, en relación con la suficiencia de dichas garantías, señalan los artículos 2.2.1.2.3.1.10 y 2.2.1.2.3.1.11 del mencionado Decreto, que las mismas deben cubrir el 100 % del dinero dado bajo la modalidad de anticipo o pagado anticipadamente, debiendo estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta su completa amortización o verificación de cumplimiento de la totalidad de actividades sujetas al mismo según aplique.

En este sentido, de no incluirse dentro de los pliegos de condiciones las figuras de anticipo o pago anticipado y las reglas que serán aplicables, según el objeto y modalidad contractual, de manera posterior no podrá pactarse, lo cual permite garantizar no solo la correcta aplicabilidad del principio de planeación, sino la transparencia en el proceso de selección, permitiendo ello que las condiciones iniciales previstas para la participación en los diferentes procesos guarden coherencia con las condiciones aplicables en la ejecución misma del contrato.

De otro modo, vale aclarar que “el principio de planeación tratándose del contrato de obra, implica mucho más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública” (Gamboa, Orlando, 2009, p112), como quiera que las obras contratadas deben ser las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes que consideren cuáles son prioritarias, así mismo, se requiere que existan los recursos para su plena ejecución, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y, además, que “se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad” (Aponte, 2014, p 177).

1.4 Regulación del Contrato de Obra en Colombia

El contrato de obra en Colombia ha sido considerado como prototipo de los contratos administrativos y son aquellos que “celebran las Entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Rodríguez, 2013, p.589). Ahora bien, en un contrato de obra pública, el objeto “consiste en la ejecución por parte del contratista de la obra determinada en el contrato y demás documentos que le sirven de complemento, como lo son los planos, los pliegos de condiciones, etc” (Solano, 1997, p.217). Para efectos prácticos, se puede tomar como ejemplo de las actividades que se pueden desarrollar a través de un contrato de obra, las siguientes: (i) Construcción de un Colegio, (ii) Construcción de un escenario deportivo, (iii) Construcción y/o rehabilitación de una vía, entre otros, “para los cuales se debe surtir un procedimiento previo a la celebración del contrato que desarrollará dicho objeto” (Lamprea, 1989, p 170).

Ahora bien, adentrándonos en el contrato de obra en Colombia, es menester indicar que el mismo se encuentra regulado en el numeral 1 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y está definido como aquel “que celebren las Entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Ley 80, art. 32, 1993). Dicha modalidad de contratación cuenta con un amplio margen de aplicabilidad en las Entidades a nivel municipal, distrital y gubernamental, para efectos de desarrollar los principales proyectos de construcción bien sea de vías, colegios, edificaciones en general, mantenimientos y rehabilitaciones viales, entre otras actividades, ahora bien, a nivel nacional, si bien, no se desconoce dicho tipo de contrato y el mismo también es empleado para ejecutar diferentes proyectos, no es menos cierto que por la magnitud de las obras y la cuantía de las mismas, las Entidades prefieren hacer uso de los Contratos de Concesión, por ejemplo, para la construcción de vías y proyectos de cuarta generación, sobre los cuales, dado el modelo financiero y la necesidad de financiamiento, no es viable ejecutar bajo la

modalidad de contrato de obra, sino por concesión, cuya responsabilidad en la ejecución será enteramente del Concesionario.

De otro modo, “generalmente, en el contrato de obra, el contratista es una empresa privada, consorcio o unión temporal, pero también puede serlo, muy excepcionalmente otra entidad pública” (Solano, 1997, p.218), y la entidad contratante siempre será una Entidad Pública, quien es la encargada de pagar el precio pactado al contratista, por la ejecución de la obra y puesta de mano de obra y materiales. Por otra parte, el contrato de obra, así como el procedimiento licitatorio u otro proceso de selección objetiva aplicable y en general el pliego de condiciones, se rigen en todo momento por el estatuto general de contratación, dado lo cual, como mínimo, el contrato de obra debe contener: (i) objeto del contrato, (ii) valor, (iii) asignación presupuestal, (iv) forma de pago, (v) anticipo, amortización y requisitos de desembolso, cuando a ello hubiere lugar, (vi) plazo, (vii) obligaciones, (viii) garantías, (ix) manifestación sobre la Interventoría, entre otros.

La ejecución de dicho contrato debe ser verificado por la interventoría contratada para tales efectos, así como por la supervisión, y podrá ser objeto de revisión y vigilancia por parte de los diferentes organismos de control creados para ello.

1.5 Labor de la Interventoría y Supervisión en los Contratos Estatales

Sea lo primero indicar que el interventor como contratista del Estado, tiene la obligación de llevar a cabo un seguimiento detallado, sobre la ejecución del contrato estatal sobre el cual tenga el deber de vigilar, siendo esta la naturaleza de la interventoría.

En este sentido, en cuanto a la naturaleza jurídica de los interventores, la Ley 80 de 1993 exigió que al hablarse de ellos se tratara de personas independientes a la entidad contratante y al contratista interventoriado, el cual tiene la obligación de responder por los hechos y omisiones que le fueren imputables, en este sentido dispone la ley:

Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del

contrato de consultoría, interventoría, o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría. (Ley 1474, Art. 82, 2011)

Dado lo cual, la interventoría debe realizar siempre un seguimiento serio y objetivo sobre el desarrollo del contrato sobre el cual ejerce sus funciones, so pena de responder civil, disciplinaria, fiscal y penalmente, tanto por el incumplimiento u omisiones de sus tareas como por las omisiones correspondientes siempre y cuando éstas causen daños y perjuicios no sólo a la entidad contratante, sino a la sociedad en general.

En este sentido, para profundizar sobre las funciones y responsabilidad de la interventoría, es preciso señalar que el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, establece una definición en los siguientes términos:

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

En atención a lo anterior, resulta claro que el interventor tiene la tarea de llevar a cabo un seguimiento, en principio técnico, que puede, por disposición de la Entidad contratante, ampliarse en el seguimiento administrativo, financiero, contable y hasta jurídico y ambiental.

De otro modo, es preciso señalar que la supervisión del contrato es una función administrativa en cabeza de la Entidad pública contratante tanto para el contrato principal como para el de interventoría que por regla general deberá llevarse a cabo por los servidores públicos de la misma entidad y de manera excepcional podrá contratarse a una persona “tercera” para que lo realice.

Teniendo en cuenta lo anterior, se establece que la supervisión le compete a los servidores públicos al interior de la entidad contratante mientras que la interventoría, como ya se analizó, corresponde a una persona contratista independiente de la administración sin que ellas sean, por regla general, concurrentes.

Ahora bien, para efectos del presente estudio, la interventoría, así como la supervisión de los contratos, adquieren gran relevancia dado que, estos deberán realizar un seguimiento técnico y financiero a los dineros que se entreguen a título de anticipo y validar la correcta inversión de este.

1.6 Organismos de Control que vigilan la Contratación Pública.

Teniendo en cuenta que las diferentes actividades que enmarcan la contratación pública en Colombia surgen en primera medida de actos ejecutados por servidores públicos en virtud de las funciones que a estos asisten, y como quiera que la ejecución de dichos actos requieren el uso y entrega de bienes y dineros públicos a particulares para que estos últimos desarrollen el objeto para el cual ha sido contratado, merece la pena mencionar que la Procuraduría General de la Nación por sí o por medio de sus delegados, deberá “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (CP, art. 278, 1991), así como “ejercer vigilancia en quienes desempeñen funciones públicas lo cual supone adelantar investigaciones e imponer sanciones a que haya lugar.” (Lamprea, 1993, p 120).

Por su parte, la Contraloría General de la República deberá ejercer un control posterior fiscal sobre la gestión fiscal que adelanten Entidades públicas así como particulares sobre dineros de la Nación, sobre el particular establece la Constitución Política que “la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales” (CP, art. 276, 1991).

En este sentido, y para el caso objeto de estudio, la Procuraduría General de la Nación deberá efectuar la vigilancia y seguimiento a los actos que realicen los funcionarios públicos en virtud de la ejecución de los respectivos contratos, ahora bien, en el evento en el cual se evidencien irregularidades en la ejecución y desarrollo de los contratos de obra, deberá procederse al inicio de procesos disciplinarios a que haya lugar, previa investigación, con la finalidad de salvaguardar el patrimonio público. Por su parte, la Contraloría General de la República deberá efectuar la debida vigilancia en la gestión fiscal que realizan las Entidades en virtud de la ejecución de los contratos de obra, así pues, también deberá realizarse el debido seguimiento y control a los dineros que son entregados a título de anticipo y pago anticipado y validar su correcta inversión o ejecución total de las obras para las cuales ha sido entregado.

2. Anticipo y Pago Anticipado

En los contratos estatales y para efectos del presente artículo, particularmente en el contrato de obra pública se introdujeron dos (2) figuras jurídicas que implican forma de pago para el contratista, no siendo necesario verificar algún tipo de avance en las obras, sino con la mera suscripción del acta de inicio del referido contrato. Estas dos (2) figuras jurídicas se denominan Anticipo y Pago Anticipado, las cuales se desarrollarán a continuación con la finalidad de determinar si las mismas otorgan los mismos derechos y obligaciones para el contratista, así como las garantías que las mismas ofrecen a las Entidades estatales.

2.1 Concepto de Anticipo

Sea lo primero indicar que “el anticipo es considerado un elemento accidental del contrato” (Escudero, Ruiz y Rivera, 1999, p.12), no siendo indispensable ni requerido para la celebración y ejecución de los mismos, no obstante, el mismo será aplicable durante la vigencia de los contratos en los cuales se pacte. Dicho lo anterior, vale mencionar que el concepto de anticipo no está referido propiamente bajo designación legal, es por ello que se hace necesario acudir a

la doctrina y jurisprudencia para determinar su concepto, alcance, y demás reglas aplicables.

Aclarado lo anterior, es menester indicar que el anticipo se encuentra definido como: “el mecanismo de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración asumir los costos iniciales que se requieren para la ejecución del objeto contractual” (Cubides, 2016, p.47), dado lo cual, en el evento en el que se pacte el pago de anticipo en el respectivo contrato, dicho dinero tendrá carácter de un avance del precio, el cual será enteramente de la Entidad, hasta tanto el contratista no amortice dicho valor.

En este sentido, tratándose de los contratos de obra pública, el anticipo se deberá pactar como un elemento accidental del contrato, con la finalidad de que el contratista elegido mediante la modalidad de selección aplicable, asuma los costos iniciales que se requieran para la ejecución de la obra, así, por ejemplo, una persona jurídica a quien le adjudican un contrato de obra cuyo objeto es la construcción de un colegio distrital, convirtiéndose en contratista, se le podrá desembolsar el valor del anticipo que se pacte contractualmente con el cual podrá adquirir algunos bienes muebles y elementos necesarios para dar inicio a las obras objeto de la contratación. No obstante lo cual, la aplicación del anticipo contiene una serie de reglas que no permiten el uso inadecuado de este y que limitan el valor máximo que se puede pactar.

Reglas aplicables al Anticipo en los Contratos de Obra:

- El valor del anticipo no podrá ser superior al 50% del valor total del Contrato.
- El anticipo deberá estar cubierto por la garantía única del cumplimiento del contrato, la cual deberá constituirse previo al inicio del contrato y este amparo deberá estar asegurado por el 100% del valor del anticipo, con lo cual se busca garantizar el buen uso del mismo a cargo del contratista. Ahora bien, vale aclarar que el amparo del anticipo es aquel “mediante el cual la aseguradora se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios causados con ocasión

a los riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a título de anticipo” (Pérez, 2012, p199).

- En el evento en el cual, el contrato de obra pública haya sido adjudicado mediante licitación pública, “el anticipo deberá ser manejado por una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable” (Cubides, 2016, p.48), de suerte que, se deberán pactar todas las disposiciones que regulen los desembolsos por parte de la entidad contratante, requisitos de pago y forma de amortización del mismo.
- Ahora bien, tratándose del buen uso y manejo de la inversión se aduce que el contratista deberá invertir de manera directa e inequívoca el anticipo en el objeto contractual, lo cual implica la imposibilidad de hacer uso de dicho dinero en bienes ajenos a las disposiciones pactadas contractualmente. Sobre el particular, es menester aclarar que de manera general, es la Interventoría y/o supervisión del contrato quien se encarga de verificar el buen uso del dinero dado como anticipo, para lo cual deberá el contratista remitir el informe de los gastos causados con los respectivos soportes.
- De otro modo, como se ha venido reiterando en líneas anteriores, el anticipo no constituye de ninguna manera una especie de pago preliminar para el contratista, pues dicho dinero seguirá siendo de la entidad contratante, hasta tanto se efectúe el reintegro por el contratista, lo cual se realizará haciendo uso de pagos parciales en cada corte de facturación según el porcentaje pactado para tales efectos contractualmente, lo cual se denomina amortización (Pérez, 2012, p 200)

2.2 Concepto de Pago Anticipado

La figura del pago anticipado se constituye en la entrega de manera anticipada de dineros o bienes al contratista, los cuales generan retribución a su favor. De modo que, “el pago anticipado no está destinado a su uso o inversión en el objeto del contrato, sino que es dinero del contratista como retribución directa para él, con el que puede suponer como a bien lo tenga” (Pérez, 2012, p 201).

Reglas aplicables al pago anticipado:

- El pago anticipado que entregue la entidad contratante al contratista, retribuye, en parte, el valor del contrato.

- El contratista podrá disponer libremente del valor entregado, sin que medie seguimiento y supervisión de ello por parte de la entidad o interventoría del contrato.
- No se realizan descuentos al contratista en cada acta de pago remitida a la Entidad, pues el dinero entregado ingresa a los bienes del contratista, a menos que este incumpla el objeto para el cual fue contratado.
- “El pago anticipado también encuentra un límite en el monto correspondiente a un 50% sobre el valor del contrato, no obstante lo cual, el contratista no deberá garantizar el buen uso del mismo”. (Solano, 1997, p. 269).
- En el evento en el cual no se surta cumplimiento del contrato por parte del contratista, “el pago anticipado se garantizará con la póliza única de cumplimiento.” (Cubides, 2016, p.48),

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que dado la naturaleza del pago anticipado, el mismo por regla general se aplica en los contratos de ejecución instantánea, siendo estos, aquellos en los cuales “el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato a cargo de los contratantes son puras y simples y pueden cumplirse en un solo acto” (Cubides, 2005, p.277), tales como; compra de inmuebles o automotores, no obstante, no existe en el ámbito jurídico - legal regla expresa que impida que esta figura jurídica sea aplicable a los contratos de obra, siendo este de tracto sucesivo, caso en el cual, los rendimientos causados serán para el contratista.

Ahora bien, en cuanto a la conceptualización de las figuras denominadas anticipo y pago anticipado, es preciso señalar la Contraloría General de la Republica, en concepto jurídico N° 7461 del 7 de febrero de 2006, ha definido una y otra en los siguientes términos:

El anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su

valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato. (Gómez, CGR, 2006)

(...) el pago anticipado consiste en un pago parcial que el contratante realiza al contratista, en tal sentido las sumas percibidas ingresan al patrimonio de éste, mientras que los dineros que recibe como anticipo son en calidad de préstamo, quiere ello significar que el anticipo continua siendo de propiedad de la entidad pública y su inversión sólo procede en aspectos propios del objeto contractual. (Gómez, CGR, 2006)

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, presenta la siguiente definición. Veamos:

En conclusión, los conceptos de anticipo y pago anticipado, aunque no lo parece, son diferentes, pues en el anticipo los valores que se entregan al contratista los recibe en calidad de préstamo, aspecto que genera algunas consecuencias de orden práctico dado que el dinero entregado sería de la entidad y conservan el carácter de públicos. En cambio en el pago anticipado, el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada, es un verdadero pago en su favor, al cual se le hacen retenciones que ordene la ley por concepto de los impuestos que graven dicho ingreso. (PGN Sala Disciplinaria, 08 de agosto de 2013, M. Carreño, 161 - 5062 (IUS 2007 – 295507)

De modo que, como se puede evidenciar, los diferentes organismos de control han recogido las definiciones que doctrinal y jurisprudencialmente se han adoptado sobre el particular.

2.3 Diferencias y similitudes entre Anticipo y Pago Anticipado

Una vez expuestos los aspectos conceptuales que enmarcan las figuras jurídicas de anticipo y pago anticipado, vale mencionar en primera instancia que, muy comúnmente se suele confundir entre una y otra figura jurídica, así como los criterios aplicables a cada una de ellas y el alcance que han adquirido. Lo anterior, como quiera que la Ley 80 de 1993, si bien no define conceptualmente el anticipo y pago anticipado, si hace mención a ello indicando que: “En los contratos que celebren las Entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del

cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” (Ley 80, art. 40,1993). Evidenciándose del texto anterior que “las figuras jurídicas en comento se encuentran separadas por la conjunción “y”, lo que indica que ofrece claridad meridiana en que una y otra no es lo mismo” (Causa, 2004, p. 2).

Dicho lo anterior, resulta pertinente señalar las similitudes entre las mencionadas figuras jurídicas, sobre el particular, sea lo primero indicar que, “la inclusión del anticipo y pago anticipado suponen obligaciones a cargo del contratista que recibe el dinero así como a cargo de la entidad que lo otorga” (Solano, 1997, p.268), adicionalmente, la aplicación de estas figuras jurídicas deberá pactarse desde el inicio del contrato, por su parte, “tanto el anticipo como el pago anticipado tienen un límite respecto a su momento, pues el legislador ha señalado que el monto no puede superar el 50% del valor del contrato” (Cubides, 2016, p.48). Finalmente, es menester indicar que, tanto el anticipo como el pago anticipado se incluyen dentro de los contratos de obra como una cláusula accidental.

Ahora bien, sin perjuicio de las similitudes aquí expuestas, como se podrá evidenciar a continuación, son más las diferencias existentes entre estas dos figuras jurídicas, las cuales traemos a colación de los doctrinantes Jaime Cubides y Luis Guillermo Dávila Vinueza:

1. El anticipo es un simple préstamo, esto es, una modalidad de financiación para iniciar la ejecución de un contrato, por su parte, “el pago anticipado configura un modo de extinción parcial de la obligación de pagar a cargo de la entidad contratante”. (Cubides, 2016, p.49), ello implica que, al pactarse un anticipo en un contrato de obra, el mismo deberá ser utilizado para cubrir los gastos que se causen al inicio del contrato, tales como; compra de maquinaria, disposición de lugar de trabajo, pago nómina de personal, compra de bienes y servicios requeridos para iniciar las obras, entre otros, por su parte, el pago anticipado implica el pago por parte de la Entidad al contratista, por la ejecución de unas actividades determinadas. En este sentido, el valor dado a título de anticipo, solo podrá ser destinado para cubrir gastos ocasionados para la ejecución propia del contrato de obra, por su parte, “el pago anticipado podrá ser destinado para

cualquier fin”. (Cubides, 2016, p.49). Ahora bien, el anticipo se devuelve a la entidad mediante la amortización, el cual deberá ser descontado de cada acta de pago que se realice al contratista, según se pacte el porcentaje de obra contractualmente establecido, por su parte, “los recursos del pago anticipado se transfieren al patrimonio del contratista, dado lo cual no se requiere ser devuelto”. (Cubides, 2016, p.49), no obstante, tanto en un caso como en el otro si se requiere de una garantía que avale dicho monto, bien sea para garantizar una correcta inversión, o para que el contratista responda en el caso en el cual no se ejecuten las actividades de obra que se pagaron anticipadamente.

2. Ahora bien, cuando se pacta el anticipo en el contrato de obra, la entidad contratante se encuentra en la obligación de hacer seguimiento a la inversión, ya sea por si misma o mediante la interventoría contratada para tales efectos, de otro modo, dado que el pago anticipado no se establece a título de “préstamo, no se requiere seguimiento de la inversión del mismo por parte de la entidad.” (Pérez, 2012, p. 203).

2.4 Concepto de amortización en el anticipo

La amortización se encuentra definida como la acción de “redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...) Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa” (Ossorio, 1981, p, 140). De modo que, para efectos del tema que nos ocupa, la amortización se entiende como la acción que deberá ejecutar el contratista, tendiente a extinguir la deuda adquirida con la Entidad contratante, en virtud de la entrega del Anticipo.

Así pues, “la amortización es la devolución paulatina del anticipo por parte del contratante con corte a la facturación” (Pérez, 2012, p. 206). En este sentido, en cada factura emitida por el contratista, se hace un descuento porcentual, hasta tanto se reintegre el valor total del anticipo. Ordinariamente, el valor entregado como anticipo será amortizado con cada cuenta correspondiente a las actas parciales mensuales de obra, en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo. De modo que, por regla general, la amortización se encuentra relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, en razón a lo cual, “para

que se entienda totalmente amortizado el anticipo, debe estar también concluido el 100% del objeto contractual estipulado” (Pérez, 2012, p. 206).

3. Garantías contractuales para el anticipo y pago anticipado, según el régimen de contratación pública

Sea lo primero indicar que en Colombia, existen contratos celebrados entre particulares y Entidades Estatales, que deben contar con garantías que avalen el cumplimiento de las obligaciones y otras situaciones particulares que puedan presentarse en virtud de la ejecución del objeto contractual suscrito.

Así pues, tratándose de contrato de obra, se garantiza en primera medida el cumplimiento del contrato, así como la responsabilidad civil extracontractual con los amparos que cada entidad defina según se determine en los estudios de conveniencia que se realizan previo a la suscripción de cada contrato.

Aclarado lo anterior, es menester señalar que la garantía del cumplimiento del contrato, ordinariamente se hace efectiva mediante la suscripción de un contrato de seguro contenido en una póliza, no siendo este el único medio expedito, pues también existe el denominado Patrimonio Autónomo y Garantía Bancaria (CC. art. 110). Ahora bien, para el caso en concreto, el Decreto 1082 de 2015, ha definido de manera clara y expresa los eventos que la garantía en mención debe cubrir, dentro de los cuales se encuentran: (1) “Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo” (Ley 1510. Art. 116 # 1, 2013) y (2) “Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar” (Ley 1510. Art. 116 # 2, 2013). De modo que, ante la eventualidad de pactar una u otra figura jurídica en los diferentes contratos estatales, así mismo se debe garantizar el cumplimiento de las reglas que los rigen, mediante la póliza previamente referida. (Penagos, 1997, p 101).

3.1 Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo en la Póliza de Cumplimiento.

De conformidad con lo expuesto, el valor entregado a título de anticipo deberá garantizarse mediante una póliza de cumplimiento, cuyo amparo cubrirá: (i) la no inversión del anticipo; evento en el cual el contratista no invierte el dinero entregado a título de anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; situación mediante la cual el contratista hace uso del dinero entregado a título de anticipo para fines ajenos a la voluntad del asegurado; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo; “cuyo amparo busca proteger al contratante de la utilización que en provecho personal o de un tercero el contratista llegue a hacer de los dineros recibidos en calidad de anticipo”. (Pérez, 2012, p. 205).

La Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie. (Decreto 1082, *Art. 2.2.1.2.3.1.10*, 2015)

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, se puede evidenciar que el amparo denominado: “buen manejo y correcta inversión del anticipo” no incluye dentro de sus consideraciones un amparo que cubra la no amortización del anticipo, de modo que, bajo criterios de la sana lógica, podría inferirse que ante la omisión por parte del contratista de efectuar la amortización del anticipo según los términos y condiciones contractuales, no resultaría viable hacer efectivo el amparo denominado: “buen manejo y correcta inversión del anticipo” . Por consiguiente se debería recurrir al tercer evento que debe cubrir la garantía de cumplimiento, esto es: Cumplimiento del contrato. (Ley 1510. *Art. 116 # 3*, 2013).

3.2 Amparo que garantiza la Devolución del Pago Anticipado.

Contrario a lo dispuesto para el anticipo, el pago anticipado si cuenta con el amparo independiente que asegura a la Entidad la devolución del valor entregado a título de pago anticipado, siendo ello una garantía para la Entidad Contratante en caso de pactarse dicha figura jurídica. (Recuerda, 2014, p 23).

La garantía de pago anticipado debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie. (Decreto 1082, Art. 2.2.1.2.3.1.1, 2015)

Conclusiones

La Ley 80 de 1993 en su artículo 40, recogió de los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, la potestad de incluir dentro de sus disposiciones la aplicabilidad de la figura jurídica denominada anticipo e implementó la aplicación de pago anticipado como formas de pago, las cuales podrán pactarse según lo defina cada entidad y atendiendo la naturaleza del contrato que se va a ejecutar.

Ahora bien, en relación con la aplicación de las mencionadas figuras jurídicas en contratos de obra, vale mencionar que es el anticipo el que por regla general resulta aplicable, teniendo en cuenta que sus características resultan dables para contratos de tracto sucesivo, dentro de los cuales se encuentran los contratos de obra, no obstante, ello no implica que la figura del pago anticipado se encuentre prohibida para tales efectos, habida cuenta que no existe norma ni disposición legal ni jurisprudencial que impida la inclusión de ésta figura jurídica en esta clase de contratos.

Por otra parte, es menester indicar que al pactarse el anticipo en los contratos de obra se desprende la obligación por parte del contratista de amortizar el valor entregado por la entidad, cuyo porcentaje se determinará contractualmente y será descontado de las actas de pago parcial que presente el contratista como retribución, no siendo procedente ello en el caso de aplicarse la figura de pago anticipado.

De modo que, como se expuso a lo largo del presente artículo, las figuras de anticipo y pago anticipado comportan dos (2) formas de pago diferentes en los contratos, pues en la primera, el valor desembolsado por la entidad bajo dicho

concepto deberá ser devuelto a la misma haciendo uso de la amortización, lo cual supone que los dineros son públicos, pues no ingresan al patrimonio del contratista, así mismo, deberá el contratista entregar todos los soportes que justifiquen que dicho anticipo ha sido utilizado para cubrir los gastos iniciales que requiere la ejecución del contrato por lo cual no es permitida la libre inversión del mismo, siendo esto objeto de seguimiento y control por parte de la Entidad a través de la supervisión o de la interventoría dispuesta para el contrato, adicional a ello, dicho valor deberá estar garantizado bajo en la póliza Única de Cumplimiento, bajo el amparo de buen manejo de inversión del anticipo. Por su parte, el pago anticipado que entrega la entidad al contratista sí ingresa al patrimonio de éste y podrá disponer de él libremente sin justificar su gasto ante la entidad, dado lo cual, una vez entregado, no es dable hacer seguimiento a la inversión del mismo, ahora bien, el pago anticipado de encuentra directamente garantizado en el amparo de cumplimiento del contrato, no siendo necesario crear un amparo adicional para garantizar su cumplimiento.

Teniendo en cuenta lo aquí expuesto, resulta apropiado concluir que, ofrece mayor garantía para las Entidades estatales la aplicación de la figura jurídica denominada anticipo, dado que obliga a que los contratistas retornen el dinero entregado a este título bajo la amortización y adicionalmente, el contratista deberá demostrar que su inversión se ejecutó para solventar los gastos generados al inicio del contrato, para lo cual, adicionalmente, se deberá constituir una Póliza de cumplimiento, en la cual se debe incluir el amparo denominado “buen manejo de la inversión del Anticipo”. Con lo cual se garantiza que los bienes entregados a título de anticipo, siendo estos públicos, sean debidamente utilizados e invertidos por el contratista.

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones expuestas sobre una y otra figura jurídica, y ante la manifestación propia respecto de la figura que ofrece mayor garantía, resulta relevante indicar que el modelo financiero actual de Colombia requiere que las Entidades continúen pactando dentro de los contratos de obra el anticipo, ello como quiera que la mayoría de las Empresas que participan en los diferentes procesos de selección no ostentan un nivel económico tal que pueda respaldar el inicio de las obras, lo cual podría generar desde el inicio

incumplimiento en los avances de obra proyectados, lo que implicaría activar la gerencia sancionatoria de la Entidad, aplicación de garantías, sanciones, apremios, declaración de incumplimientos y/o caducidad según aplique, lo cual conlleva a la no ejecución de los proyectos y en consecuencia una mala imagen del gobierno que los incluyó en sus diferentes planes y programas.

Referencias Bibliográficas.

1. Aponte, L. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. Bogotá: en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Universidad Externado de Colombia.
2. Bejarano, J. (2013). Fundamentos de la contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición. Bogotá D.C: Legis S.A.
3. Bohórquez, C. y Conrado, R. (2009). El Contrato de prestación de servicios en la administración pública. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.
4. Bejarano, J (2013). Marco Normativo para la Contratación Pública en Colombia. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia
5. Consejo de Estado, Sección tercera, 2000, M, Giraldo, Número radicado 11001-03-26-000-2000-0004-01 (18709)
6. Consejo de Estado, Sección tercera, 2004, A. Hernández, Número radicado 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779)
7. Consejo de Estado, Sección tercera, 2006, R. Correa, Número radicado 24812-1998-01597 (10.779)
8. Consejo de Estado, Sección tercera, 2006, R. Correa, Número radicado 24812-1998-01597 (24812)
9. Consejo de Estado, Sección tercera, 2014, M. Fajardo, Número radicado 410012331000199709849 01 (31682).
10. Consejo de Estado, Sección tercera, 2015, O. Valle, Número radicado 25000232600019971393001 (36878)
10. Cubides, J. Pinilla, J. Torres, J. y Vallejo, G. (2016). Derecho Público en el Siglo XXI. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.

11. Dávila, L. (2003). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis S.A.
12. Decreto 1082 de 2015 (26 de mayo). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional". Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>
13. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimosegunda edición. Versión Web. URL:<http://lema.rae.es/es/drae/?val=amortizar>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.
14. Escudero, M. Ruiz, J. y Rivera, A. (1999). Practica General de Derecho. Bogotá D.C: Ediciones Leyer.
15. Fernández, M. Rodríguez, V. Torres, J. y Vallejo, G. (2016). Fundamentos contemporáneos del Derecho Público. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.
16. Gamboa, S, Orlando, J. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia.
17. Gil, R. (2003). Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá D.C: Legis S.A.
18. Jiménez, R. (2016). Derecho administrativo. Procedimientos, actos y contratos administrativos. España: Ediciones CEF.
19. Lamprea, P. (1989). Practica Administrativa. Bogotá D.C: Editorial Jurídicas Wilches.
20. Lamprea, P. (1993). Practica Contenciosa y Administrativa. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley
21. Ley 57 de 1887. (26 de mayo). Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
22. Ley 80 de 1993. (28 de octubre). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

23. Ley 1150 de 2007. (16 de julio). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial No. 46.691. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
24. Ley 1474 de 2011. (12 de julio). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial N° 48.128. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html.
25. Ley 1510 de 2013. (17 de julio). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>.
26. Mendoza, A. (1992). Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley.
27. Ossorio, M. (1981). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
28. Penagos, G. (1993). Fundamentos del Derecho Administrativo. Bogotá D.C: Ediciones Librería del Profesional.
29. Penagos, G. (1996). El Acto Administrativo. Bogotá D.C: Ediciones Librería del Profesional.
30. Penagos, G. (1997). La Descentralización en el Estado Unitario. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley.
31. Pérez, C., (2012). El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares. Bogotá D.C: Revista Universidad Javeriana.
32. Recuerda, M. (2014). Lecciones del Derecho Administrativo. España: Tecnos.
33. Rodríguez, L. (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá D.C: Temis.
34. Rodríguez, R. (1984). Derecho Administrativo (2° ed.). Bogotá D.C: Temis.
35. Solano, J. (1997). Contratación Administrativa. Bogotá D.C: Ediciones librería el profesional.